

Kausaliteit in het belgisch aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*.

door prof. Matthias E. STORME

Samenvatting

In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste leerstukken en problemen die samenhangen met de kausaliteit in het aansprakelijkheidsrecht. Gezien de tekst een bewerking vormt van het rapport voor het Belgisch-Nederlands Verzekeringsrechtelijk genootschap, werd de kausaliteit daarbij benaderd op een wijze die vergelijking met het noordnederlandse recht mogelijk maakt, en werd eveneens aandacht besteed aan meer verzekeringsrechtelijke aspecten. Meer bepaald de rechtsvergelijking toont daarbij aan dat wat de één als een probleem van oorzakelijkheid beschouwt, de andere veeleer als een probleem van schuld of onrechtmatigheid beschouwt, of nog als een vraagstuk van schade.

In nr. 2 wordt het vertrekpunt van het belgische recht nogmaals benadrukt, nl. de leer van de gelijkwaardigheid van alle oorzaken (ekwivalentieleer). Deze leer is diegene die slechts de minimaal mogelijke eisen stelt aan het oorzakelijk verband : het volstaat dat de aansprakelijkheidsgrond (fout, ...) een "conditio sine qua non" is van de schade. Andere aspecten spelen geen rol in de rechtsverhouding tussen de veroorzaker en het slachtoffer (behoudens diens eigen schuld). In nr. 3 wordt - in navolging van illustere auteurs - deze minimumvereiste verduidelijkt als "the insufficient but necessary part of a condition which is itself unnecessary but sufficient for the result" (zgn. INUS-condition). Benadrukt wordt dat daarbij een zeer verregaande konkretisering van de schade wordt beoefend, en daarmee een verruiming van het oorzakelijk verband, doch dat er grenzen zijn aan die konkretisering om niet in het absurde te vervallen. Daaruit blijkt volgens de auteur reeds dat de vraag van het oorzakelijk verband géén zuiver feitelijke vraag kan zijn.

In nr. 5 en 6 wordt de voorzienbaarheid van de schade besproken als een mogelijke beperkende faktor. gepleit wordt voor een interpretatie van het begrip voorzienbaarheid van de schade die uitgaat van de vraag voor welke soorten schade of vanaf welke schade-omvang het omwille van de verhoudingsgewijze betere verzekeraarbaarheid of betere

* * Preadvies voor het Belgisch-Nederlands Verzekeringsrechtelijk genootschap 1990, verschenen in *Verkeersrecht, wegverkeer / aansprakelijkheid / schade / verzekering* (Nederland), 1990, 225-231,

vermijdbaarheid of afwentelbaarheid maatschappelijk wenselijker en efficiënter is de schade in beginsel te laten dragen door het slachtoffer in plaats van door de veroorzaker. Het is immers echtseconomisch de meest verantwoorde oplossing schadevormen te laten dragen door diegene die zich gezien zijn berekenings- en preventiemogelijkheden het best kan verzekeren.

In nr. 7 wordt het probleem van de relatieve onrechtmatigheid (akwiliaanse relativiteit) besproken, en gepleit voor een zekere verzwakking van het standpunt dat alle buitenkontraktuele normen steeds de belangen van ieder beogen te beschermen. In de volgende nrs. wordt gewezen op bepaalde andere beperkingen van de aansprakelijkheid, die daarmee kunnen vergeleken worden, zoals het verbod van samenloop met een kontraktuele vordering, en het ontzeggen van verhaal tot vergoeding van de kosten gemaakt door de uitvoering van een "primaire" wettelijke of kontraktuele verplichting (ten onrechte ook "doorbraak van het oorzakelijk verband" genoemd). Dit laatste leerstuk wordt vooreerst op zijn juiste dogmatische plaats gezet (nl. als een vraag van schade) en vervolgens ook in zijn rechtspolitiek kader teruggeplaatst : de keuze tussen spreiding van schade via aansprakelijkheid (plus verzekering) dan wel via belastingen.

In nr. 11 en 12 wordt de mogelijke rol van overmacht besproken, gesteld dat deze géén enkele rol kan spelen bij het oorzakelijk verband, en aangetoond hoe de daarmee strijdige rechtspraak, m.b. bij aansprakelijkheid voor dieren, dan ook slechts met een andere formulering in het rechtssysteem kan worden ingepast.

In nr. 13 wordt de verdeling van de draagplicht tussen meerdere aansprakelijken besproken en gesteld dat hier geen "logische" oplossing bestaat. Hetzelfde wordt betoogd m.b.t. eigen schuld in nr. 14. Alle gangbare grondslagen aangevoerd voor de vermindering van de aansprakelijkheid bij eigen schuld van het slachtoffer worden daarbij bestreden. De enige mogelijke verklaring voor die vermindering is ze te beschouwen als een vorm van (gedeeltelijke) rechtsverwerking, welke een sanktie vormt van een Obliegenheit, d.i. een "last" : het is immers juridisch niet verboden zichzelf schade te berokkenen, het is enkel niet aanvaardbaar om de schade waaraan men zelf schuld heeft op anderen af te wentelen.

In nr. 15 wordt de leer van het rechtmatig alternatief besproken en wordt nagegaan hoever men kan gaan in de konkretisering van de fout, waarbij gepleit wordt voor het criterium van de "normaliteit" van de opgeworpen nevenhypotesen, normaliteit die niet enkel door de formulering van de norm bepaald wordt, maar door meerdere factoren aan de hand waarvan de normaliteit wordt gewaardeerd. Waaruit nogmaals blijkt dat de

kausaliteit geen zuiver feitelijke vraag is. De betekenis van de genoemde leer voor het verzekreingsrecht komt in nr. 16 aan bod.

In nr. 17 wordt ingegaan op de mogelijke kollektivisering van de kausaliteit, d.w.z. spreiding van de kosten die gemaakt werden, niet met het oog op één enkele onrechtmatige daad, maar met het oog op een gehele serie, waarbij er tussen de individuele overtreding en de globaal gemaakte kosten strikt genomen geen kausaal verband kan worden gesteld. Deze overschrijding van het kausaliteitsbeginsel wordt aangetoond in het auteursrecht (GEMA-arresten) en het milieu-aansprakelijkheidsrecht (Kalimijnenarrest). Een andere vorm van kollektivisering van de kausaliteit, namelijk de omkering van de bewijslast, wordt in nr. 18 besproken, tesamen met een mildere vorm, nl. de marktaandeelaansprakelijkheid.

In nr. 19 ten slotte wordt het leerstuk van het verlies van een kans kritisch bekeken.

1. OORZAKELIJK VERBAND EN ANDERE AANSPRAKELIJKHEIDSVEREISTEN

- De drie hoofdvereisten voor aansprakelijkheid, namelijk ten eerste schade, ten tweede onrechtmatigheid (m.i.v. schuld) of een andere risikotoebedelingsgrond, en ten derde oorzakelijk verband tussen beiden, zijn veelal kommunicerende vaten. De juistheid ervan blijkt voornamelijk bij rechtsvergelijkend onderzoek. Wanneer we overlopen welke vragen en maatstaven in verschillende rechtssystemen, en m.b. in België en Nederland, aan de orde komen bij de oorzakelijkheid, dan zien we dat wat de één als een probleem van oorzakelijkheid beschouwt, de andere veeleer als een probleem van schuld of onrechtmatigheid beschouwt, of nog als een vraagstuk van schade. Men zou bijna kunnen stellen dat het Belgische recht geen kausaliteitsprobleem kent, ware het niet dat de noordnederlandse kausaliteitsproblemen dan toch ten dele onder andere noemers opduiken. En omgekeerd is de belangrijkste steen in deze rustige kikkerpoel, namelijk de zogenaamde doorbraak van het oorzakelijk verband door een juridische oorzaak, zoals m.b. een wettelijke verplichting (zie verder nr. 9), naar noordnederlandse begrippen - terecht - precies géén oorzakelijkheidsprobleem, maar veeleer een probleem van onrechtmatigheid of van schade.

2. EKWIVALENTIELEER - Het kommuniseren van deze drie vaten belet niet dat men naargelang het rechtstelsel toch een onderscheiden vertrekpunt kan stellen, zodat men ook een ander perspectief krijgt. Zo is de leer van het Belgische aansprakelijkheidsrecht bijzonder slachtoffervriendelijk, hoewel sterk aan de foutaansprakelijkheid gebonden. Er wordt namelijk door het gemeen aansprakelijkheidsrecht (de "akwiliaanse aansprakelijkheid") in beginsel geen enkele eis gesteld aan het oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige gedraging of risikoground enerzijds en schade anderzijds. Het volstaat in beginsel dat er een oorzakelijk verband is tussen de schade en de aansprakelijkheidsgrond, en daartoe moet deze een noodzakelijke oorzaak zijn, een "conditio sine qua non" van de schade, maar niets meer. Welnu, dit is gewoon de minimuminhoud voor gelijk welk oorzakelijk verband.

Ten overstaan van het slachtoffer geldt met andere woorden de "ekwivalentieleer", dit is de leer van de gelijkwaardigheid van alle oorzaken : zodra een onrechtmatige gedraging of andere toerekeningsgrond een noodzakelijke oorzaak is van de schade, is het volkomen gelijk in hoeverre zij daarvan de oorzaak is. Het is onverschillig hoeveel andere oorzaken evenzeer noodzakelijk waren, hoe ver de schade van die oorzaak verwijderd is in de kausale keten, waar de laatste vermijdingskans ("last clear chance") lag, e.d.m. Dit alles zijn vragen die tussen de verschillende aansprakelijken ter sprake kunnen komen, maar in beginsel niet jegens het slachtoffer (behoudens eigen medeschuld van het slachtoffer). De rechter moet gewoon de onrechtmatigheid of andere aansprakelijkheidsgrond wegdenken en

oordelen of de schade zich in die veronderstelling ook zou hebben voorgedaan. Uit de oorzakelijkheid van één fout kan dan ook niet worden afgeleid dat andere fouten niet oorzakelijk zijn : beiden worden ten volle als oorzaak beschouwd.

Het belgische recht is één van de weinige rechtsstelsels dat aan deze leer vasthoudt.

De keerzijde van deze "ekwivalentieleer" is dat de buitenkontraktuele aansprakelijkheid in de verhouding tussen slachtoffer en veroorzaker naar belgisch recht in beginsel een zaak van alles of niets is.

Een besluit dat hieruit evenwel niet kan worden getrokken - en dus ten onrechte wordt gesteld - is dat door de ekwivalentieleer het oorzakelijkheidsvraagstuk naar belgisch recht een zuiver "feitelijke" vraag is. Dit moge uit de rest van dit betoog blijken.

3. KONKRETISERING VAN DE SCHADE : INUS-CONDITION - Nu is de verwoording van het enige vereiste dat aan de oorzaak gesteld wordt, als "noodzakelijke oorzaak" of "conditio sine qua non" eigenlijk nog te eng. De door het Hof van kassatie verwoorde leer luidt namelijk dat een fout of andere aansprakelijkheidsgrond juridisch reeds een voldoende oorzaak is voor aansprakelijkheid indien de schade zich zonder die fout (of ander feit) niet zou hebben voorgedaan zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan¹.

Deze toevoeging is géén beperking van de kausaliteit, maar eerder een verruiming ervan : het oorzakelijkheidsverband wordt namelijk verruimd door de gevolgen (de schade) te konkretiseren, zoals reeds door L. Träger werd opgemerkt in zijn "tweede wet"².

Een eenvoudig voorbeeld : wanneer iemand omvergereden wordt en overlijdt, dan zou de schade, namelijk dit overlijden, zich hoe dan ook hebben voorgedaan zonder dat ongeval. Doch het overlijden zou zich later en anders hebben voorgedaan. Hoe meer men de omstandigheden van het overlijden konkretiseert, hoe kleiner de kans dat het zich zo heeft voorgedaan, maar hoe groter de kans dat het zich zonder een welbepaalde oorzaak niet zou hebben voorgedaan. De fout van de bestuurder is geen voldoende oorzaak van de schade. Doch als men de schade vrij abstrakt verwoordt, is zij daarvoor eigenlijk niet eens een noodzakelijke voorwaarde : het is slechts de post-factum noodzakelijke voorwaarde voor het ongeval, dat op zijn beurt geen noodzakelijke, maar wel een voldoende voorwaarde is voor het overlijden.

Deze formule werd in het engels afgekort als INUS-condition: "the insufficient but neces-

¹ Kassatie 22 december 1947, *Pas.* I, 555, sindsdien konstant vastgehouden.

² Ludwig TRÄGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (Marburg 1904), p. 125.

sary part of a condition which is itself unnecessary but sufficient for the result"³. Het is deze oorzakelijkheid die door het recht minimaal wordt vereist. Het feit dat het slachtoffer anders ook zou sterven is van belang voor de begroting van de schade, maar niet voor de oorzakelijkheid.

Nu mag men in dat konkretiseren van de schade ook niet te ver gaan, anders komt men tot absurde resultaten. In het geval van de persoon die in een ongeval betrokken geraakt op een ogenblik dat hij te snel reed, maar die snelheid geen invloed heeft gehad op het ongeval, zou men zo bv. kunnen redeneren dat wanneer die persoon trager gereden had, de schade zich toch niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich heeft voorgedaan (zodat er wel oorzakelijk verband is), omdat hij zich dan niet op dat ogenblik op die plaats had kunnen bevinden. Men kan daarop dan weer replikeren dat de man bij trager rijden ook vroeger had kunnen vertrekken, enz... Ik denk ook aan het door Köster gegeven voorbeeld van de zakenman die door een kleine aanrijding zijn trein mist en daarom het vliegtuig neemt, dat vervolgens neerstort. Zonder die aanrijding nu zou de zakenman niet zijn neergestort, maar het vliegtuig zou toch zijn neergestort. Het konkretiseren moet alle aspecten aangeven die enige invloed hebben op de schadevorm, maar mag niet verdergaan dan die aspecten⁴. Men kan het ook zo uitdrukken dat het om een noodzakelijke oorzaak voor het konkrete schadegebeuren moet gaan, en niet slechts voor de konkrete schade (cfr. de inus-formule). Nog anders gezegd : het gaat om de oorzaak van het abnormaal aspect van de schade.

O. m. uit dit laatste blijkt reeds dat de juiste mate van konkretisering geen zuiver feitelijke vraag is : de afgrenzing van het konkrete schadegebeuren geschiedt reeds op grond van een waardering van wat abnormaal is en van welke soorten oorzaken daarmee in verband kunnen worden gebracht.

4. - Het perspectief van de ekwivalentieleer en de "inus-condition" bepaalt de verdere ordening van deze inleiding. Aangezien een zeer ruime opvatting van het vereiste oorzakelijk verband het vertrekpunt vormt van het belgische recht, dienen nu achtereenvolgens de verschillende figuren te worden overlopen die een beperking van de aansprakelijkheid kunnen meebrengen en mogelijks als nadere vereisten aan het oorzakelijk verband zouden kunnen worden begrepen.

³ Voor verdere uitleg zie M. van QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, nr. 12 v., 96 en passim.

⁴ M. van QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, nr. 109-122; H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980 nr. 185; H. BOCKEN, "Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek", *TBBR* 1988, (268) nr. 21.

De stelling die het meest extreem tegenover de ekwivalentieleer zou staan, is dat de schade het noodzakelijk gevolg moet zijn van de oorzaak. Dit komt neer op de eis dat een bepaald feit niet slechts een noodzakelijke, maar ook een voldoende voorwaarde moet zijn voor de schade. Nu wordt dergelijke extreme leer natuurlijk nergens volgehouden, omdat zij omzeggens nooit tot aansprakelijkheid zou leiden. Ik vermeld dit hier alleen maar omdat er soms verwarring gezaaid wordt met de formule dat het oorzakelijk verband tussen fout en schade een "noodzakelijk verband" moet zijn⁵. Dergelijke verwoording vloeit slechts voort uit een begripsverwarring tussen noodzakelijke oorzaak en noodzakelijk gevolg, die net het tegenovergestelde betekenen, en uit de verwarring tussen de oorzaak van het schadegeval, die daarvan slechts de noodzakelijke oorzaak moet zijn, en het schadegeval zelf, dat een voldoende oorzaak van de konkrete schade moet zijn, overeenkomstig de zopas aangehaalde "inus"-formule. We gaan hier dan ook niet verder op in.

Wanneer we nu enkele mogelijke nadere vereisten aan het oorzakelijk verband overlopen, ligt het omwille van de geschiedenis van het noordnederlandse recht voor de hand de voorzienbaarheidseis als eerste te behandelen. Het lijkt me toch nuttig daarbij eerst even uit te weiden over de kontraktuele aansprakelijkheid. U zal mij dit hopelijk willen vergeven omdat het aspect verzekering daardoor precies tot zijn recht kan komen.

5. VOORZIENBAARHEID - KONTRAKTUEEL Het belgisch B.W. heeft zoals het nederlandse van de Code Napoleon in de titel over "verbintenissen uit overeenkomst" artikel 1150 geërfd, dat bepaalt dat "de schuldenaar slechts gehouden is tot vergoeding van de schade die was voorzien of die men heeft kunnen voorzien ten tijde van het aangaan van het contract, wanneer het niet uitvoeren van de verbintenis niet door zijn opzet is veroorzaakt". Voor de kontraktuele aansprakelijkheid leert de wet met andere woorden wat men in Nederland - maar niet in België - de "adequatietheorie" is gaan noemen, zij het met dit detail dat bij de kontraktuele aansprakelijkheid de schade niet zozeer op het ogenblik van de veroorzaking ervan voorzienbaar moet zijn geweest, maar op het ogenblik dat de vermindering ervan werd beloofd. Nu is de subjektieve voorzienbaarheid van de schade in de moderne maatschappij zeker een veel te zwaar vereiste om algemeen te kunnen worden gesteld, zelfs voor de kontraktuele aansprakelijkheid. Dit laatste is met name het geval in België, waar bij kontraktuele schade een vordering uit onrechtmatige daad in beginsel is uitgesloten (het "verbod van samenloop").

⁵ zie bv. H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II nr. 960; Kassatie 11 juli 1956, *Pas.* I, 1094. Zie de rechtzetting bij M. van QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, nr. 409 v.; H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980, 179-180.

Hieraan werd op twee verschillende wijzen een mouw gepast : enerzijds op een algemene wijze door de rechtspraak van het Hof van cassatie, anderzijds voor bepaalde gevallen van kontraktuele aansprakelijkheid door de nationale of internationale wetgever.

Voor alle gevallen waarin de voorzienbaarheid niet wettelijk omschreven is, heeft het Hof van cassatie de oplossing gekozen die het voordeel heeft van de betrekkelijke duidelijkheid en dus van de proceseconomie, maar daarom nog niet van de algemene rechtseconomie. Het Hof schrijft namelijk de generalisering van de te voorziene schade voor. Het volstaat volgens het Hof dat een bepaalde soort schade in haar beginsel voorzienbaar was, ook al heeft zij zich in concreto anders voorgedaan⁶. Nadat de schade eerst gekoncretiseerd wordt om het oorzakelijk verband zo ruim mogelijk te kunnen stellen, wordt ze in die gevallen waarin de wet de vergoeding beperkt tot de voorzienbare schade vervolgens veralgemeend om aan die beperking te ontsnappen. Een mooi bewijs van het feit dat het oorzakelijk verband in het aansprakelijkheidsrecht geen vraag is van logika, maar van redelijkheid of beleid.

Daarnaast vinden we zoals gezegd beperkingen van de omvang der aansprakelijkheid in zeer uiteenlopende wettelijke regelingen, en - opvallend genoeg - voornamelijk in die regelingen die een risico-aansprakelijkheid instellen. Het feit dat er een wettelijke beperking is, heeft natuurlijk o.m. te maken met de verzekerbaarheid van de aansprakelijke, in die zin dat ten gevolge van de wettelijke regeling duidelijk wordt tot hoever men zich best dient te verzekeren. Doch in een aantal gevallen hebben die beperkingen nog een ander verband met de verzekerbaarheid, en namelijk met de relatieve verzekerbaarheid, verband dat m.i. een interessant perspectief biedt voor een aktualisering van de adekwatietheorie - die zoals gezegd kontraktueel in theorie nog steeds geldt -. In het algemeen kan het zo zijn dat de wetgever een principiële aansprakelijkheidsgrens bepaalt omdat het überhaupt bepalen van een grens de verzekerbaarheid verhoogt - in welk geval de grens willekeurig is - of omdat de gekozen grens een politiek besliste verdeling van de maatschappelijke kost inhoudt. In een aantal gevallen echter wordt een grens bepaald omdat geoordeeld wordt dat het precies boven die grens efficiënter is om het mogelijke slachtoffer een schadeverzekering op te leggen of andere maatregelen te laten nemen. En dit oordeel wordt veelal mede gegrond op de relatieve voorzienbaarheid (d.i. de voorzienbaarheid vergeleken in hoofde van beide partijen). Ik geef enkele voorbeelden :

⁶ Zie reeds cassatie 23 februari 1928, n.v. La Providence t. v.o.g.n. Le Heneffé, verwerping. Sindsdien is de beperkende rol van de onvoorzienbaarheid gedeeltelijk overgenomen door de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer-schuldeiser.

a) Ingevolge de Overeenkomst van Parijs van 17 december 1962 nopens de aansprakelijkheid van hotelhouders voor de zaken van hun gasten, werd een risico-aansprakelijkheid van hotelhouders voor schade aan de door gasten meegebrachte zaken ingevoerd (ingevoegd in art 1952-1953 B.W.). Deze aansprakelijkheid wordt beperkt tot honderd maal de logiesprijs per dag, voor zover de hotelhouder deze zaken niet persoonlijk in bewaring heeft gekregen (en tenzij de weigering daarvan niet gerechtvaardigd was door hun gevaar of buitensporige waarde in verhouding tot de grootte van het hotel). De wetgever (de verdragsluitende staten) heeft dus geoordeeld dat het meebrengen door de gasten van zaken van waarde zonder dat zij aangemeld worden, voor de hotelhouder voorzienbaar is tot aan dat honderdvoud, en dat het daarboven aan de gast - die veel beter de waarde kent - toekomt om ofwel zelf een verzekering te nemen, ofwel deze zaken persoonlijk in bewaring te geven zodat de hotelhouder de nodige preventiemaatregelen (kluis of verzekering) kan nemen.

b) In de artt. 41-42 Vervoerwet, 22 van het verdrag van Warschau, 23, 3-6, 24 en 26 CMR en 40-46 CIM en in het zeerecht (in België 91 A § IV, 5° Scheepvaartwet), wordt voor zaak- en/of vertragingschade een maximumbedrag bepaald - voor zaakschade berekend op het gewicht, voor vertragingschade de vrachtprijs of een deel ervan - dat men (slechts) kan te boven gaan door aangifte van de waarde van de zaak ondsch. het belang bij tijdige aflevering, en meestal ook mits betaling van een toeslag berekend op die waarde of dat belang. Zonder deze aangifte kan men inderdaad van onvoorzienbare schade spreken. Ook hier heeft de wetgever (de verdragsluitende staten) geoordeeld dat het laten vervoeren van zaken van waarde zonder aangifte van waarde door de afzender voor de vervoerder voorzienbaar is tot aan dat maximumbedrag, en dat het daarboven aan de verzender toekomt om ofwel zelf een verzekering te nemen, ofwel de waarde of het belang bij tijdige aflevering aan te geven, zodat de vervoerder de nodige preventiemaatregelen of verzekering kan nemen.

c) Een wettelijke beperking vinden we tenslotte voor geldschulden in art. 1153 B.W., dat bepaalt dat "inzake verbintenissen die alleen betrekking hebben op het betalen van een bepaalde geldsom, de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering nooit in iets anders bestaat dan de wettelijke interest, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen". Ook hier is de verklaring dat de schuldeiser die een groter belang heeft zelf de nodige indekking moet zoeken, precies omdat hij diegene is die over dat belang kan oordelen.

Men zou hieruit met wat goede wil kunnen afleiden dat bij zaak- en vermogensschade de voorzienbaarheidseis wel degelijk nog iets dient te betekenen, al dient zij in verband met de betere verzekerbaarheid te worden gedacht. Het is rechtseconomisch de meest verantwoorde oplossing deze schadevormen te laten dragen door diegene die zich gezien zijn berekenings-

en preventiemogelijkheden het best kan verzekeren ("cheapest cost-avoiding", "assurabilité oblige")⁷. Toegespitst op het verzekeringsaspect gaat het om de makrojuridische keuze tussen "first party insurance" en "third party insurance", tussen schadeverzekering en aansprakelijkheidsverzekering. Het openlijk uitkomen voor de maatstaf van de betere verzekerbare is overigens op lange termijn het beste verweer tegen de "pervertering" van de aansprakelijkheid door de faktor van het feitelijk verzekerd zijn van één der partijen⁸.

6. VOORZIENBAARHEID - BUITENKONTRAKTUEEL - In het belgische recht van de akwiliaanse aansprakelijkheid wordt de beperking van de aansprakelijkheid tot voorzienbare schade niet alleen uitgehold : zij wordt gewoon volledig verworpen als maatstaf voor de omvang van de aansprakelijkheid⁹. Wél komt de voorzienbaarheid ter sprake bij de vestiging van de aansprakelijkheid : indien men een fout wil aannemen buiten de schending van een precieze norm om, dus op grond van de algemene zorgvuldigheidsplicht, dan is daartoe behalve in geval van opzet vereist dat op het ogenblik van de onzorgvuldigheid redelijkerwijze kon voorzien worden dat schade daar het gevolg van zou zijn¹⁰. Eénmaal dat het geval is, brengt de fout wel aansprakelijkheid voor alle schade mee. In zoverre het onderscheid tussen fout en oorzakelijkheid kan gemaakt worden, is de voorzienbaarheid dus geen vereiste voor voldoende oorzakelijkheid, maar voor het aannemen van een fout buiten het geval van schending van een vrij precieze norm.

Dit laatste aspect geldt overigens ook voor de kontraktuele aansprakelijkheid, wanneer ze

⁷ Albert A. EHRENZWEIG, "Assurance oblige - a comparative study", 15. *Law and contemporary problems* 1950, (445) 451 v.; H. DRION, *Verzekering en aansprakelijkheidsrecht*, rede Rotterdam 1955 (Nijhoff, 's Gravenhage 1955, ook in *Geschriften* (1982) 53 v.), 12 v.; W. van GERVEN, "De invloed van de verzekering op het verbintenissenrecht" *RW* 1962-63, (777) nr. 6, 15-16; H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw BW* (1979), 241-242; A. TUNC, "Responsabilité civile et assurance", *Hulde René Dekkers*, (343) 351.

⁸ Zie voor de invloed van het feitelijk verzekerd zijn o.m. B.S. MARKESINIS, "La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance", *RIDC* 1983, 302 v.; D. SIMOENS, "De invloed van de verzekering op de aansprakelijkheid", noot onder Vred. Merksem, 9 apr 1981, *RW* 1981-82, 1282; R. DALCQ, "Réflexions sur le droit de la responsabilité civile", *JT* 1982, 157.

⁹ Zie bv. kassatie 17 april 1975, Belgische Staat t. Orrico en Banca commerciale italiana, *Arr.* 308, *R.W.* 1975-76, 938.

De gevallen van wettelijke beperking van aansprakelijkheid buiten overeenkomst, meer bepaald in de regelingen van risico-aansprakelijkheid, zijn anders dan de hogergenoemde kontraktuele regelingen, niet te begrijpen vanuit de relatieve verzekerbare, maar vanuit de verzekerbare überhaupt.

¹⁰ Kassatie 12 november 1951, Grootaerd t. Dumarey, verwerping; verdere verwijzingen bij H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980, 1156 nr. 9; -, *TPR* 1987 nr. 14.

niet op de schending van een vrij precieze kontraktuele norm kan gegrond worden. Dat de voorzienbaarheid een vereiste is voor de fout, volgt uit de redenering dat het wezen van de fout bestaat in het niet vermijden van het vermijdbare, en dat opdat dit vermijden zou kunnen geëist worden, de schade voorzienbaar moet geweest zijn. Volgens dezelfde redenering is er overmacht bij gebeurtenissen die dusdanig onvoorzienbaar waren dat men de kans niet had maatregelen te nemen tot vermijding ervan.

Wat moet nu van dit onderscheid tussen de kontraktuele en de buitenkontraktuele aansprakelijkheid worden gedacht? O.i. dient de maatstaf voor de onderscheiden rol van de voorzienbaarheid niet te worden gezocht in het kontraktueel of buitenkontraktueel karakter van de aansprakelijkheid, maar in de aard van de geschonden norm (al dan niet een veiligheidsnorm) en de aard van de schade (lichamelijke schade vs. zaak- en vermogensschade). Doch dit is niet de heersende leer.

7. RELATIEVE ONRECHTMATIGHEID - Het leerstuk van de "relatieve onrechtmatigheid", of - zoals in België soms gezegd wordt - de "akwiliaanse relativiteit" - is naar nederlandse normen weliswaar geen kausaliteitsvraagstuk, maar heeft daar naar belgische begrippen evenveel - of even weinig - mee te maken als de voorzienbaarheid. Hoe dan ook, in Nederland, zoals in Duitsland, stelt men principieel de vraag welke belangen de geschonden norm beoogt te beschermen, en beperkt men de aansprakelijkheid bij schending dan ook tot die belangen¹¹. In België wordt hierbij in de akwiliaanse aansprakelijkheid niet stilgestaan omdat men principieel aanneemt dat alle wettelijke normen alsook de algemene zorgvuldigheidsplicht er in beginsel toe strekken éénieder in al zijn belangen te beschermen¹².

Persoonlijk vind ik dat het genoemde beginsel niet voor alle buitenkontraktuele normen verantwoord is, zij het wel voor verkeers- en veiligheidsnormen en andere normen waardoor in het algemeen verkeer vertrouwen wordt gewekt¹³. Zo werd geoordeeld dat op de miskenning door een trambestuurder van de verplichting om te stoppen aan een tramhalte niet enkel door de reizigers een beroep kan worden gedaan, maar ook door een derde, autobestuurder, die in vertrouwen daarop was doorgereden¹⁴. Zo werd geoordeeld door

¹¹ Art. 6.3.1.2. NBW. Zie het "Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden 1984-1986" door de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden, *TPR* 1987, (609) 802 v. nrs. 78-84.

¹² Zie bv. H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980, 1152-1154 nr. 7; *TPR* 1987 nr. 3.

¹³ Blijkens het verstekeling-arrest HR 27 januari 1984, *AA* 1985, 88 (met kritiek van J.H. Nieuwenhuis) geldt zelfs dit niet onverkort in Nederland.

¹⁴ Hof Gent 10 december 1964, *R.W.* 1964-65, 1151; *R.G.A.R.* 1965 nr. 7410 met noot R. DALCQ.

kassatie 28 april 1972¹⁵ dat het verbod voor de pachter om het op grond van zijn wettelijk voorkooprecht gekochte goed binnen de vijf jaar door te verkopen niet alleen een verbintenis van de koper jegens de verkoper inhoudt (zoals gespecificeerd in art. 54, 3 Pachtwet), maar ook tegenover de mede-kandidaat-koper, zoals beslist werd. Men zou daarbij de vraag kunnen stellen of het niet om een verbintenis jegens de mede-kandidaat-koper alléén zou moeten handelen, en of de verkoper wel een door die verbintenis te beschermen belang heeft. In ieder geval kan men niet aanvaarden dat alle wettelijke of zorgvuldigheidsverplichtingen verplichtingen jegens eenieder zijn. Rechtsregels zijn er m.i. niet om zichzelf, maar ter ordening van rechtsverhoudingen¹⁶.

8. VERGELIJBARE BEPERKINGEN IN BELGIE - VERBOD VAN SAMENLOOP - In elk geval zijn er ook in het belgische recht andere beperkingen die uit een bepaalde relativiteit voortvloeien, en soms als oorzakelijkheidsvragen worden begrepen.

Allereerst is er de a.h.w. "omgekeerde relativiteit" van de akwiliaanse norm die voortvloeit uit het principieel verbod van samenloop van een kontraktuele en een buitenkontraktuele vordering - verbod dat blijkbaar kenmerkend is voor het franse en, minstens sinds het stuwadoorsarrest van 1973, het belgische recht -. Dit wordt heden ten dage terecht als een vraag van schade begrepen. Men zou het zo kunnen uitdrukken dat vele schadevormen tussen kontraktspartijen "aufgehoben" worden in de "kontraktuele schade", waarvoor slechts volgens kontraktuele regels verhaal mogelijk is.

9. VERGELIJBARE BEPERKINGEN IN BELGIE - GEEN VERHAAL WEGENS DE UITVOERING VAN EEN "PRIMAIRE" WETTELIJKE OF KONTRAKTUELE VERPLICHTING - Vervolgens moet gewezen worden op de uitsluiting van verhaal voor schade die bestaat uit de nakoming van een wettelijke of kontraktuele verplichting die ertoe strekt schade definitief toe te bedelen (althans het verhaal ervan via de aansprakelijkheidsregels te stoppen, en enkel nog via schadeverzekering, belasting of bijdrage, e.d. meer te organiseren). Men noemt dit in België veelal een kausaliteitsprobleem, sinds De Page sprak van "de doorbraak van het oorzakelijk verband door een zelfstandige juridische oorzaak"¹⁷. Niet alleen is dit laatste een drogredenering - gezien daar het begrip rechtsgrond en het begrip

¹⁵ *Arr.*, 815.

¹⁶ Anders H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980, 1154 nr. 7 in fine, met een beroep op Kants kategorische imperatief. Zie de repliek van LANKHORST in "Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden 1984-1986", *TPR* 1987, 809 nr. 84 in fine.

¹⁷ *Traité* II nr. 962.

oorzaak uit het aansprakelijkheidsrecht verward worden - maar bovendien heeft het ook met kausaliteit niets te maken : op grond van deze regel worden bepaalde risico's immers reeds toebedeeld vooraleer de kausaliteit ervan ook maar ter sprake komt.

Wat er ook van zij, de leer werd verdedigd door oud Prokureur-generaal F. Dumon in zijn besluiten voor het "Walter Kay-arrest", kassatie 28 april 1978¹⁸, en door dat arrest aangenomen, maar sindsdien terecht enigszins teruggeschroefd. De meest recente rechtspraak hanteert als criterium de vraag of de verplichting op grond waarvan tussengekomen wordt een "primaire verplichting" is, dan wel slechts een secundaire verplichting bij in gebreke blijven van de veroorzaker¹⁹. De vraag is vergelijkbaar met die of subrogatie van schadeverzekeraars ('first party insurance') wenselijk is : bij bepaalde risico's is het inderdaad maatschappelijk efficiënter de schade definitief te spreiden aan de zijde van het risico-objekt alleen (zie hoger). Doch de subrogatie van de schadeverzekeraar kan niet ontkend worden op grond van oorzakelijkheidsoverwegingen, zoals nochtans in deze konstruktie van De Page en Dumon geschiedt.

Aangezien de oplossing bepaald wordt op grond van de aard van de verplichting en ongeacht de oorzaak van het verplicht worden, gaat het hoe dan ook niet om een oorzakelijkheidsvraag, maar om de vraag wat voor vergoeding aan de hand van aansprakelijkheidsregels in aanmerking komende schade vormt²⁰. Zoals bepaalde schadevormen enkel via kontraktuele regels kunnen verhaald worden - ook in geval van schuld van een derde - of enkel forfaitair - zoals de rechtsplegingsvergoeding, behoudens tergend en roekeloos geding - of zoals vele schadevormen die in de sociale zekerheid definitief geregeld worden - zoals arbeidsongevallen en beroepsziekten -, is het denkbaar dat er ook andere schadevormen zijn die niet via de akwiliaanse regels kunnen verhaald worden, maar slechts via schadeverzekering, fiskaliteit of parafiskaliteit of een ander systeem. Het is echter allesbehalve vanzelfsprekend. Bovendien duwen krimpende overheidsfinanciën de tijdsgeest duidelijk in de richting van het aansprakelijkheidsrecht : niet de belastingbetaler, maar de vervuiler moet betalen.

Het verschil tussen de ene en de andere oplossing is echter niet te herleiden tot een keuze

¹⁸ *Arr.*, 1004; *RW* 1978-79, 1695; *RCJB* 1979, 263 noot A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN.

¹⁹ Kassatie 17 mei 1983, *RGAR* 1984 nr. 10.715, *JT* 1984, 10; Kassatie 13 april 1988, *Lenglez*, pvba Déchets industriels t. gemeente Manage, *Arr.* nr. 492, *RW* 1988-89, 1126.

²⁰ Zie in die zin kassatie 9 maart 1984, *RW* 1983-84, 2805 noot M. KRUIHOF, *RCJB* 1986, 651 noot M. van QUICKENBORNE; kassatie 15 maart 1985, *R.W.* 1984-85, 2617 noot M. van QUICKENBORNE.

Jammer genoeg en ten onrechte heeft het Hof van kassatie (altans de voltallige strafkamer) weer de motivering van doorbraak van het oorzakelijk verband gebruikt in het recente arrest van 13 april 1988, *Arr.* nr. 492, *RW* 1988-89, 1126, dat anderzijds in casu de voorziening tegen een vonnis korr. Charleroi dat de doorbraakleer radikaal verwierp op het vlak van de oorzakelijkheid, toch heeft verworpen.

tussen individuele of kollektieve aansprakelijkheid. Door de veralgemening van de aansprakelijkheidsverzekering is het fenomeen zelf dat de schade met kollektieve in plaats van individuele structuren vergoed wordt ook de realiteit van het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Dit belet niet dat er toch een belangrijk verschil is tussen een spreiding van de schade over iedereen of over alle mogelijke schadelijders, dan wel over alle - potentiële of aktuele - schuldigen. Het betreft een fundamentele beleidskeuze die o.i. minstens gedeeltelijk op grond van maatschappelijke efficiëntie moet worden gemaakt. Waar de eerste keuze zoals net gezien kan leiden tot beperkingen van de vergoedbare schade in vergelijking met de CSQN-test, kan de tweede keuze zelfs leiden tot een uitbreiding van de vergoedbare schade buiten de CSQN-test om. Dat zullen we hieronder zien in nr. 17.

In andere gevallen gaat het nog dikwijls om individuele vragen, zoals bij de weerslag van een bonus-malus-wijziging op de aansprakelijkheidsvordering. Daar probeert men dan in sommige belgische rechtpraak te argumenteren dat de verzekeringnemer door de overeenkomst het risico daarvan op zich heeft genomen. Dit overtuigt geenszins : men konstrueert aldus een beding ten voordele van derden dat noch door de verzekeraar noch door de verzekeringnemer werd beoogd.

10. TUSSENKOMST VAN EEN ANDERE OORZAAK - ALGEMEEN - Na dit overzicht van de belangrijkste beperkingen aan de zijde van enerzijds de schuld en onrechtmatigheid en anderzijds de schade, is het goed het lot te bekijken van de redeneringen betreffende de doorslaggevende (efficiënte) oorzaak, die in België ook onder de noemer van "doorbraak van het oorzakelijk verband" worden gebracht. Ook hiervoor blijft het beginsel duidelijk : éénmaal vastgesteld is dat een bepaalde aansprakelijkheidsgrond zich voordeed en dat de schade zich zonder deze niet zou hebben voorgedaan, neemt het feit dat er daarnaast ook nog andere oorzaken waren, de oorzakelijkheid van de eerste géénszins weg. Dit geldt zowel voor andere fouten (fouten van derden) als voor "vreemde oorzaken" - zoals men overmacht pleegt te noemen -. Wat is dan de weerslag van dergelijke andere oorzaken ?

11. OVERMACHT - ALGEMEEN - Allereerst de weerslag van overmacht. Een vreemde oorzaak kan allereerst wel aangevoerd worden om het bewijs aan te brengen dat de schade zich ook zonder de fout of andere aansprakelijkheidsgrond zou hebben voorgedaan. Deze vreemde oorzaak "verbreekt" echter geenszins het oorzakelijk verband, maar toont dan gewoon aan dat er geen is²¹. Om dat te doen is bovendien

²¹ Zie L. CORNELIS & P. van OMMESLAGHE, "Les 'faits justificatifs' dans le droit belge de la responsabilité aquilienne", *In memoriam Jean Limpens - Studiedagen aansprakelijkheidsrecht Gent* 23-24

hoegenaamd niet vereist dat die vreemde oorzaak aan de vereisten van "overmacht" beantwoordt.

Is er wel een oorzakelijk verband met een fout, dan kan een "vreemde oorzaak" nog aangevoerd worden om te bewijzen dat een objektief onrechtmatige gedraging niet foutief was, dus om een schijnbare of vermoede fout te weerleggen. In dat geval moet wél aan de vereisten van overmacht (voornamelijk de onvermijdbaarheid met de inspanning die van de aansprakelijk gestelde partij redelijkerwijze kan gevergd worden) voldaan worden. Dit heeft echter niets te maken met het oorzakelijk verband, maar met het foutvereiste. Het speelt dan ook niet bij risico-aansprakelijkheid, tenzij dan als bewijsmiddel om aan te tonen dat de zaak niet gebrekkig was.

Overmacht speelt dus naar belgisch recht geen materieelrechtelijke rol bij een mogelijke inperking van het oorzakelijk verband. Zij kan niet leiden tot een verminderde aansprakelijkheid jegens het slachtoffer²². Het franse Hof van Kassatie heeft een tijdje anders geleerd, m.b. in de Lamoricière-arresten van 19 juni 1951²³, maar is daarvan blijkbaar teruggekomen²⁴ - wat misschien samenhangt met het feit dat zij ondertussen eigenlijk de ekwivalentie leer heeft verlaten ten voordele van een leer van de efficiënte oorzaak -.

Wat voor overmacht geldt, geldt eveneens voor andere rechtvaardigingsgronden, die niet als vreemde oorzaak beschouwd worden, maar toch geacht worden de schuld op te heffen : onoverwinnelijke dwaling, noodtoestand, overheidsbevel of wettelijk gebod²⁵. De vraag of een matiging van schadevergoeding hier niet veeleer op zijn plaats is dan een opheffing van aansprakelijkheid valt buiten het bestek van deze bijdrage.

Vrijtekening (exoneratie) daarentegen kan natuurlijk zowel de fout- als de risico-aansprakelijkheid betreffen.

12. OVERMACHT BIJ RISIKO-AANSPRAKELIJKHEID - Toch rijzen er vragen bij sommige risico-aansprakelijkheden. Dit is begrijpelijk : hoe "on-schuldiger" de aansprakelijkheidsgrond (het risico) omschreven wordt, hoe groter de kans dat men tot een zuiver kausale

maart 1984 (Kluwer, Antwerpen 1987), (265) nr. 19; H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1987 nr. 48.

²² H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980, 1249 nr. 89 A.

²³ *D.* 1951, *J.* 717, *S.* 1952, I, 89; *JCP* 1951, II 6426.

²⁴ cass. fr. 4 maart 1970, *Bull.* II, 59 v. nr. 76-80.

²⁵ Zie L. CORNELIS & P. van OMMESLAGHE, in *In memoriam Jean Limpens*, (265) 277 v. nr. 21 v.

aansprakelijkheid komt en daarmee tot absurde resultaten. Vandaar dat de rechtspraak soms toch tot oplossingen komt die in strijd zijn met de ekwivalentieleer.

Deze vinden we m.b. bij de aansprakelijkheid voor dieren, waarvan algemeen aanvaard wordt dat het om een objektieve aansprakelijkheid voor door de daad van een dier waarover men het meesterschap heeft veroorzaakte schade gaat, en dat men daaraan niet kan ontsnappen door het bewijs van afwezigheid van schuld te leveren. Toch werd door het Hof van kassatie tot tweemaal toe een voorziening verworpen tegen uitspraken die stelden dat het oorzakelijk verband tussen de daad van het dier en de schade "verbroken" werd door de fout van het slachtoffer²⁶. Beide arresten zijn in hun verwoording onverzoenbaar met de ekwivalentieleer²⁷, al is het mogelijk die tegenspraak op te lossen door een engere verwoording te geven aan de vereiste daad van het dier, nl. door te stellen dat het moet gaan om een niet-uitgelokte of voor het slachtoffer onvoorspelbare gedraging. De oplossing moet dan ook in de laatste richting gezocht worden²⁸.

Bij aansprakelijkheid voor zaken is dit gemakkelijker, omdat het "gebrek" meer nuancering mogelijk maakt dan het begrip "daad" bij dieren : zo oordeelde het Hof van kassatie in een arrest van 8 januari 1982²⁹ dat overmacht het bewijs kan vormen dat er geen "gebrek" in een bouwwerk was. Maar de ekwivalentieleer blijft daar onaantast : het arrest spreekt niet van kausaliteit. En in een arrest van 7 november 1980³⁰ stelde het Hof duidelijk dat de oorzaak van het gebrek in de zaak (m.b. fout van een derde) irrelevant is.

13. VERDELING VAN DE DRAAGPLICHT - Tegenover het slachtoffer blijven alle schuldigen dan ook voor het geheel aansprakelijk, zelfs bij opzet van één van hen.

Hoe de bijdrage tussen de verschillende aansprakelijken echter dient te worden verdeeld, blijft betwist in de rechtsleer : volgens de enen moet dit bepaald worden volgens de ernst van de fout, volgens de anderen volgens de graad van oorzakelijkheid ("pouvoir causal"). Géén van beide theorieën volgt logisch uit de beginselen van het aansprakelijkheidsrecht. In de rechtspraak wordt terecht met beide factoren rekening gehouden. Zo wordt bij opeenvolgende fouten aan de "causa proxima" of "last clear chance" gewicht gegeven. Anderzijds wordt aanvaard dat de opzettelijke dader uiteindelijk de gehele schade dient te dragen.

²⁶ kassatie 20 mei 1983, *Arr.*, 1165; kassatie 12 oktober 1984, *RW* 1984-85, 2278, *de Verz.*, 769.

²⁷ Zie L. CORNELIS, "Extra-contractuele aansprakelijkheid voor zaken - Het gebrek van de zaak en de causaliteitsbeoordeling", *TPR* 1984, (299) 320 v. nr. 25 v., m.b. nr. 29 v.

²⁸ H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1987, 1435-1436 nr. 100.

²⁹ *RW* 1982-83, 2635.

³⁰ *RW* 1980-81, 1708

14. EIGEN SCHULD - Moeilijker nog is het vraagstuk van de eigen schuld. Doorgaans past men bij fout van een derde en van het slachtoffer dezelfde redenering toe als bij fouten van meerdere derden, en dit is ook de leer van het Hof van cassatie. Nu vloeit de vermindering van de aansprakelijkheid jegens het slachtoffer dat zelf een fout heeft begaan geenszins voort uit de beginselen van ons aansprakelijkheidsrecht³¹. Vele daarvoor aangevoerde redeneringen houden geen steek.

Nemen we bv. de redenering van schuldvergelijking (verrekening). Is er slechts langs één kant schade, dan valt er gewoon niets te verrekenen, vermits er geen schuldvordering is van de mededader jegens het slachtoffer. Is er schade langs beide zijden, dan zou deze redenering ertoe moeten leiden dat enkel het verschil in schade-omvang moet bijgepast worden door de partij die het minste schade heeft geleden, of althans door zijn verzekeraar, en dit ongeacht de graad van fout of oorzakelijkheid. Het is slechts anders indien men ervan uitgaat dat door de aansprakelijkheidsverzekeraar geen beroep kan worden gedaan op schuldvergelijking (verrekening). Doch in dat geval zou elke aansprakelijkheidsverzekeraar de tegenpartij logischerwijze volledig dienen te vergoeden. M.i. is dit ook de juiste oplossing in die sectoren waar men maatschappelijk primair gekozen heeft voor een stelsel van aansprakelijkheidsverzekering (en niet van schadeverzekering), zoals inzake verkeersongevallen. Doch slechts een éénzame vrederechter heeft die stap durven zetten, en hij werd door de rechtsleer teruggefloten ...³².

Een andere redenering is dat risico-aanvaarding een stilzwijgende vrijtekening (exoneratie) kan uitmaken. Doch in die gevallen waarin dit werkelijk houdbaar is, kan men daaruit alleen maar het ontbreken van aansprakelijkheid afleiden, maar geen vermindering.

Dit belet niet dat het in sommige gevallen gerechtvaardigd is de aansprakelijkheid te verminderen. Doch de enige grondslag die een gedeeltelijke aansprakelijkheid kan rechtvaardigen is de gedachte van rechtsverwerking als sanktie van een "last" (Obliegenheit)³³ van het slachtoffer : wie zichzelf niet helpt verdient ook niet dat God hem helpt en verwerkt een deel van de genade. De zorgvuldigheidsplicht is tegenover anderen een rechtsplicht, tegenover zichzelf een "last" (Obliegenheit) : men is het weliswaar niet verplicht, maar zo men het niet doet, verliest men een deel van zijn rechten. Dergelijke verwerking neemt normaal de vorm aan van een matiging van de schadevergoeding, behalve in geval van opzet, die een gehele verwerking rechtvaardigt. Het slachtoffer dat zelf een opzettelijke fout heeft

³¹ Zie in het bijzonder de zware kritiek van J.L. FAGNART, "Examen de jurisprudence concernant la responsabilité civile", *JT* 1976, nr. 25.

³² Vred. Merkssem, 9 april 1981, *RW* 1981-82, 1280, noot D. SIMOENS.

³³ Zie voor dit begrip mijn werk *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, uitg. Story 1990, nr. 196 e.v.; vgl. ook de bijdrage onder dezelfde titel, *R.W.* 1989-90, 137.

gemaakt zal dus géén enkele schadevergoeding ontvangen³⁴. Omgekeerd mag de eigen schuld van het slachtoffer géén beperking van aansprakelijkheid betekenen voor de opzettelijke veroorzaker van de schade³⁵.

Het feit dat deze laatste regel wel aanvaard wordt is reeds een breuk in de leer dat er hoe dan ook een verdeling van aansprakelijkheid moet plaatsvinden. Het is te hopen dat dit ook in andere gevallen zal aanvaard worden, m.b. in het verkeersrecht.

15. RECHTMATIG ALTERNATIEF - Is de leer van "doorbraak van het oorzakelijk verband" niet verzoenbaar met de ekwivalentieleer, anders is het met de leer van het rechtmatig alternatief.

We hebben hoger gezien dat de oorzakelijkheid verruimd wordt door een konkretisering van de schade. Omgekeerd nu wordt ze beperkt door een konkretisering van de fout : zo luidt de "eerste wet van Träger". Welnu, rechtsleer en rechtspraak³⁶ aanvaarden dat ook de fout moet worden gekoncretiseerd. Er moet worden nagegaan of de schade zich al dan niet zou hebben voorgedaan zonder het foutief aspect van de foutieve gedraging.

De benaming "leer van het rechtmatig alternatief" is zeer sprekend : men stelt de hypothese op die het dichtst bij de werkelijke toedracht staat, echter zonder het foutief aspect daarvan. Om te weten of een passagier van een dronken bestuurder bij een ongeval een deel van de schade moet dragen, moet men nagaan of de schade zich ook zou hebben voorgedaan indien hij met een niet-dronken chauffeur was meegereden³⁷. Dit komt er omzeggens steeds op neer dat er geen oorzakelijk verband is met zijn fout zo er niet ook een oorzakelijk verband is met de dronkenschap. O.i. gaat het om een konsekwente toepassing van de *conditio-sine-qua-non* test.

Desondanks oordeelde het Hof van cassatie in een zaak van meerijden als duozitter met een te jonge motorrijder dat de afwezigheid van oorzakelijk verband tussen de fout van de

³⁴ J.L. FAGNART, "Examen de jurisprudence concernant la responsabilité civile", *JT* 1976, nr. 25; H. BOCKEN, *TBBR* 1988, (268) 276 nr. 12.

³⁵ Vgl. inzake onverschoonbare dwaling en bedrog cassatie 23 september 1977, *Arr.*, 107, *RCJB* 1980 noot J. MATTHIJS; W. de BONDT, "De invloed van de nalatigheid van de bedrogene op de vordering tot nietigverklaring en/of op de vordering tot schadeloosstelling", *TPR* 1986, 1183.

³⁶ Zie M. van QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, nr. 128 v.; H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980, 1353 v. nr. 176; H. BOCKEN, "Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek", *TBBR* 1987, 282 nr. 23 v. Voor een relatief recent cassatie-arrest, zie cassatie 19 november 1987, n.v. CEI t. Bokiau, Min. Openbare Werken t. gemeente Waterloo, *Arr.* nr. 167, verwerping.

³⁷ Zie Militair gerechtshof 23 maart 1978, *RGAR* 1980 nr. 10.162; Hof Gent 11 oktober 1985, *Verkeersrecht* (België) 1986, nr. 20; cassatie 16 september 1986, nv de Schelde t. nv Eagle Star, *Arr.* nr. 24, verwerping.

motorrijder en zijn eigen schade, niet uitsluit dat er een oorzakelijk verband is tussen de schade opgelopen door de duozitter en diens eigen fout³⁸. M.i. blijkt uit het eerste dat de schade niet het gevolg is van de leeftijd van de bestuurder. Welnu, indien de duozitter dus met een niet te jonge motorrijder was meegereden, zou de schade zich ook hebben voorgedaan. Het enige wat daarnaast nog dient te worden nagegaan is of het ongeval niet te wijten is aan een andere fout van de passagier³⁹. Die vraag rees echter niet in de zonet aangehaalde zaak, zodat ik het in het arrest van 23 december 1986 gestelde niet kan inzien.

Bij de bespreking van dit laatste geval beaamt H. Bocken⁴⁰ de niet-aansprakelijkheid om billijkheidsredenen, maar hij meent dat ze niet reeds voortvloeit uit de *conditio-sine-qua-non* test, en spreekt veeleer van een element van akwilische relativiteit. Dit komt omdat hij een ander criterium gebruikt, nl. de vraag of de norm een bepaalde handelwijze zonder meer verbiedt dan wel de uitvoering ervan op een bepaalde wijze voorschrijft. M.i. is dit echter slechts een element naast andere, en moet men hoe dan ook te werk gaan met 'trial and error', door het opstellen van de "normale" nevenhypotesen. Indien men die konkretisering ver genoeg drijft, is het overbodig om voor een aantal probleemgevallen andere "billijkheids"oplossingen te zoeken.

Nu kan die konkretisering van de fout er natuurlijk niet in bestaan dat men gewoon een geheel andere hypotese vooropstelt en toont dat de schade ook dan zou ontstaan zijn : men mag géén vreemde elementen "toevoegen" aan de feiten, maar alleen het foutieve aspect ervan wegdenken. In die zin moet de substitutie vertrekken van de vraag of de fout bestond in een doen of een nalaten. Anders zondigt men overigens tegen het vereiste dat moet vergeleken worden met de schade zoals ze zich in concreto heeft voorgedaan. Dit is het geval in het voorbeeld, waar de situatie dat iemand omvergelopen wordt en zijn been breekt vergeleken wordt met die waarin hij op een bananeschil uitglijdt en zijn been breekt : dit is geen konkretisering meer van de fout, maar een abstrahering van de schade, weg van het schadegeval (zie hoger de bespreking van de *inus-condition*). Men drukt dit uit door te zeggen dat de vraag niet is of de schade zich zonder het foutief aspect zou kunnen hebben voorgedaan (teoretisch), maar of ze zich zou hebben voorgedaan⁴¹.

Ondanks deze laatste verwoording gaat het o.i. ook hier veeleer om een vraag van waardering dan om een "feitelijke" vraag : het is de kontekst van waardering die bepaalt

³⁸ Kassatie 23 december 1986, coöp.v. PS t. De Paepe, *Arr.* nr. 253, verbreking.

³⁹ Zie bv. Hof Bergen 6 maart 1984, *De Verz.* 1984, 247

⁴⁰ *TBBR* 1988, 283-285.

⁴¹ H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1980, 1356 v. nr. 177, *TPR* 1987 nr. 164.

Vgl. voor Nederland HR 28 juni 1985, Claas t. Van Tongeren, *NJ* 1986, 356.

hoever men kan gaan in de substitutie van foutieve door niet-foutieve aspecten en dus in de konkretisering. Immers, het criterium voor de substitutie is het "normale geval". Deze normaliteit kan echter niet begrepen worden als een zuiver statistische normaliteit (het "quod plerumque fit"): zij is mede een sociaal-juridische normaliteit, die berust op de waardering van situaties als "normaal" of "abnormaal". Deze waardering kan evenmin aan de hand van de strekking van de geschonden norm alleen geschieden.

16. BETEKENIS VOOR HET VERZEKERINGSRECHT - De leer van het rechtmatig alternatief heeft tot gevolg dat het voor verzekeraars van groot belang is te onderscheiden tussen uitsluitingen (of regresgronden) die aan de oorzakelijkheid gekoppeld zijn en diegene die dat niet zijn.

Het laatste is het geval wanneer de dekking in zijn algemeenheid geschorst wordt of wegvalt, een zware sanktie waarvoor dan ook de eisen van de goede trouw moeten nageleefd worden.

Meestal gaat het echter om uitsluitingen waarbij de schade die mede door een bepaalde soort fout veroorzaakt wordt, tussen partijen van dekking is uitgesloten. Voor de door opzet of zware fout veroorzaakte schade is dit van rechtswege het geval, voor bepaalde andere fouten wordt dit konventioneel bedongen. In al die gevallen zal de verzekeraar tot vergoeding gehouden zijn c.q. geen regres hebben indien de dader aantoonde dat de schade zich ook zou hebben voorgedaan zoals ze zich heeft voorgedaan bij afwezigheid van het foutief aspect. Klassieke voorbeelden waar het oorzakelijk verband veelal ontbreekt zijn het rijden zonder attest van de technische controle e.d. Andere gevallen waar het verband nu eens erkend wordt, dan weer ontkend, zijn bv. het rijden met onreglementaire banden, het rijden zonder rijbewijs, e.d.m.

17. KOLLEKTIVISERING VAN DE KAUSALITEIT - De leer van het rechtmatig alternatief wordt in sommige gevallen echter uitgeschakeld door een "kollektivisering van de kausaliteit".

Ik begin met een voorbeeld uit de aansprakelijkheid wegens inbreuken op intellectuele rechten. Auteursverenigingen stellen veelal een dubbel tarief op voor uitvoerings- of reproductierechten : één voor vooraf aangevraagde uitvoeringen of reproducties en een hoger (dubbel) voor de onrechtmatige uitvoeringen of reproducties. Het verschil wordt gerechtvaardigd als schadevergoeding voor het feit dat er een inspectie moet ingericht worden, e.d.m. Nu ligt dat verschil hoger dan de marginale kost van de individuele inspectie (die m.b. de verplaatsingskosten zou kunnen omvatten). Dus zou elke individuele overtreder kunnen stellen : indien ik wel voorafgaandelijke toestemming had gevraagd zou U maar het enkele tarief ontvangen hebben en toch ook die inspectiedienst moeten betalen, dus moet ik

slechts instaan voor de marginale kost (verplaatsingskosten). Het Duitse Bundesgerichtshof heeft daarop geantwoord in de GEMA-arresten⁴² dat in die sectoren waar het nodig is een duur controle-apparaat in te richten, het billijk is om het geheel van de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat er inbreuken gepleegd worden te spreiden over het geheel van de overtredders, en niet ook over de personen zich rechtmatig gedragen. U ziet, het is precies de tegengestelde redenering van diegene die steekt achter het Walter-Kay-arrest. Men kiest niet alleen voor de regel dat "(alleen) de vervuiler betaalt", maar schuift daarvoor zelfs de beginselen van de kausaliteit gedeeltelijk terzijde door een "kollektivisering" ervan.

Vergelijkbaar is ook de overweging van de Hoge Raad in het Kalimijnenarrest⁴³ dat

"nu evenbedoelde maatregelen zijn genomen en in stand gehouden met het oog op de totale zoutbelasting en derhalve mede met het oog op de schade die als gevolg van de voortdurende onrechtmatige lozingen viel te verwachten, is het hierbij niet van belang of de maatstaven ook zouden zijn genomen en in stand gehouden, indien geen sprake zou zijn geweest van de onrechtmatige zoutlozingen".

18. KOLLEKTIVISERING EN BEWIJSNOOD - Daarnaast kennen we ook geheel andere vormen van "kollektivisering van de kausaliteit" die wettelijk georganiseerd worden.

Dit fenomeen vinden we bv. voor schadevormen waarbij de dader (veelal) onbekend is : het gemeenschappelijk motorwaarborgfonds, in Frankrijk het waarborgfonds voor jachtongevallen, e.d.m.

We vinden het ook in het Fonds voor Beroepsziekten, waartoe de werkgevers bijdragen volgens hun aandeel in de beroepsloopbaan van de werknemers.

Dergelijke kollektivisering is dikwijls de enige oplossing voor sectoren waar het bewijs van het oorzakelijk verband met een welbepaalde oorzaak veelal onoverkomelijk is door de mogelijke of noodzakelijke veelheid van oorzaken. Er is immers maar een onbetwistbare oplossing wanneer éénzelfde persoon aansprakelijk is voor alle mogelijke daders of alle mogelijke daders verzekert.

Het valt te voorspellen dat het aansprakelijkheidsrecht zich de komende jaren in deze richting zal ontwikkelen, niet alleen door wettelijke organisatie, maar ook jurisprudentieel. Een voorproefje daarvan vinden we in de "marktaandeelaansprakelijkheid" die in de

⁴² BGH 24 juni 1955, 34. BGHZ, 376 nr. 56, verwerping; BGH 10 maart 1972, 59. BGHZ, 286 nr. 50, verbreking. Voor Belgische rechtspraak (die zich niet principieel over deze vraag heeft uitgesproken) zie J. CORBET, *Vijf jaar rechtspraak inzake auteursrecht*, SABAM Brussel 1965, nr. 7 en 8 c bis.

⁴³ HR 23 september 1988, *W.*, 150.

Verenigde Staten in sommige gevallen jurisprudentieel werd aanvaard.

Deze is overigens niet zo verre gaand als op het eerste gezicht lijkt. Nog een stap verder gaat immers de stelling die bij meerdere mogelijke daders of gebrekkige zaken, waarbij echter éénzelfde persoon voor meer dan de helft daarvan moet instaan, gewoon de bewijslast omkeert. Dit is meer bepaald het geval indien één en dezelfde werkgever de meerderheid van de mogelijke daders tewerkstelt, e.d.m. Zo werd de staat aansprakelijk gesteld voor de schade veroorzaakt door de bestuurder van een niet nader geïdentificeerde militaire vrachtwagen. Het is maar een kleine stap om daaruit af te leiden dat hetzelfde geldt indien de meerderheid van de mogelijke aansprakelijken bij éénzelfde verzekeringsmaatschappij verzekerd is Hieruit blijkt dat een marktaandeelaansprakelijkheid dan toch de betere oplossing is. Indien de bewijslast kan omgekeerd worden, hebben de verzekeraars er in ieder geval belang bij onderling een marktaandeelaansprakelijkheid af te spreken.

19. VERLIES VAN EEN KANS - Een ander geval van een "statistische" benadering die niet te rijmen is met de ortodoksie van de ekwivalentieleer, en meer bepaald met haar alles-of-niets-karakter, is de leer van het verlies van een kans⁴⁴. De afwijking is hier het gevolg van het bewijsprobleem aan de zijde van de schade (niet van het bewijsprobleem aan de zijde van de fout). Het betreft nl. gevallen van schade waarvan niet kan vastgesteld worden of ze zich zonder de fout al dan niet zou hebben voorgedaan. Volgens deze leer moet de vergoeding dan evenredig zijn met de kans dat de schade zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan⁴⁵. De strijd met de ekwivalentieleer wordt verborgen door het te beschouwen als een schadevraag in plaats van een oorzakelijkheidsvraag. Hoe het verlies van een kans echter schade kan vormen, kan ik niet inzien.

In elk geval, de leer werd principieel aanvaard door het kassatie-arrest van 10 januari 1984⁴⁶. Dergelijke aleatoire activiteiten waarop deze leer reeds werd toegepast zijn m.b. het beroep van arts (medische fouten) en van advocaat (procedurefouten). Andere klassieke voorbeelden zijn het verlies van promotiekansen, van slaagkansen in een examen, e.d.m. Een reeds ouder, heel ander voorbeeld vinden we in het kassatie-arrest van 11 mei 1964⁴⁷, waar

⁴⁴ Zie J. RONSE, *APR*, tw. *Schade en schadeloosstelling* nr. 103-118; Th. VANSWEEVELT, "Schade wegens verlies van een kans, een toepassing op de medische aansprakelijkheid", noot onder kassatie 19 januari 1984, *RGAR* 1984 nr. 11.084; H. VANDENBERGHE & M. van QUICKENBORNE, "Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak", *TPR* 1987 nr. 174; H. BOCKEN, "Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek", *TBBR* 1988, 273-274.

⁴⁵ Zie E. DIRIX, "Het verlies van genezings- en overlevingskansen", *VI. T. gezondheidsr.* 1982, 107.

⁴⁶ *RW* 1984-85, 1806, *RGAR* 1986, 11084 noot Th. VANSWEEVELT.

⁴⁷ *Pas.* I, 966.

aanvaard werd dat de spoorwegmaatschappij door de konkurrentie van een sluikvervoerder de kans verloren had om het vervoer uit te voeren en dus winst te maken.

20. BESLUIT - Ik moge mij ervoor verontschuldigen zo lang te hebben gesproken en toch nog maar zo weinig van deze problematiek te hebben behandeld. Ik moge mij er ook voor verontschuldigen mij niet steeds tot het positieve recht te hebben beperkt. Dit laatste heeft echter n.m.m. in dit gezelschap een bijzondere betekenis : verzekeraars hebben in materies als deze een zeggenschap die groter is dan de rechtspraak en wellicht niet voor de wetgever moet onderdoen. Door de veralgemening van verzekeringen kunnen zij maatschappelijk onwenselijk geachte effecten van de heersende kausaliteitsleer wijzigen door onderlinge afspraken. Dit gebeurde in het verleden reeds voor andere aspecten van de aansprakelijkheid, denken we maar aan de kollektieve afstand van subrogatie van de nederlandse brandverzekeraars. Misschien zijn ook afspraken over enkele van de in dit bestek aangegeven problemen niet onwenselijk.